✠

JESUS,
MARIA, Y JOSEPH.

POR

DOÑA JOSEPHA FABREGUES Y DE SAYDIA, viuda, y heredera de D. Joseph Saydia y de Camòs.

CON

Doña Octavia Zerda, y demàs Colitigantes.

En exclusion de la demanda puesta, contra la dicha Doña Josepha Fabregues.



Num. 1. ESTE Pleyto pende en este S. S R. Consejo de Aragon, por Reales letras, que se obtuvieron, *causa videndi*; y por aver alegado en defensa de la justicia, que entiendo assiste à mi parte Doña Josepha Fabregues, lo que tengo dicho en pedimiento de 21. de Abril de este año 1701. me precissa esta obligacion à escrivir en su defensa este breve discurso. Y teniendo presente el que no es licito, *mittere manum in messem alienam*, dexarè intacto lo que tan doctamente se halla discurrido en los dos papeles escritos por el Doctor Valentin Nuño, y el Doctor Gaspar Jornet, solicitando recoger alguna espiga de las esparcidas, bien que dificolta mi cortedad, imitar lo que dixo, Carolo Antonio de Luca *in addict.* *ad*

Podrà esta parte a 2 Agosto de 1701

ad Oleam *de cess. iur. Grana ex spicis excutere*, pero alentarè mi insuficiencia con los deseos del acierto.

2 Siendo la pretension de Doña Octavia Cerda, la de aver sucedido en los bienes, que recayeron en la herencia de Miguel Juan Saydia y Camos, por el vltimo llamamiento, que hizo à favor de el *Pariente mas cercano*, de preciso deben concurrir las tres calidades que ponderan, Molina *de Hisp. prim. lib.* 1.*cap.*4. *num.* 5. Castillo *controvers. lib.* 6. *cap.* 136. *num.*68. el señor Casanate *consil.* 4. *num.*9. y la Rea *decis.*33. *num.*33. ibi: *Tria tenetur probare, vocatum fecisse, habere qualitatem sub qua vocatus fuit, & sua substitutionis casum evenisse*, segun los textos, *in l. cuncta* 32. §. *In fideicommisso* 6. *ff. de leg.* 2. *l.* 1. *C. quorum bonor. l. si quis* 21. *ff. de vulg. & pupil. substitut.* Y segun lo que resulta de los autos, y lo que se pondera en el papel del Doct. Valentin Nuño, en el *articulo primero à numero* 15. no queda verificada la qualidad tan precisa, como es la de ser pariente del Testador, Miguel Juan Saydia y Camos, en los pretendientes, esta sucesion por el referido vltimo llamamiento; por lo q̃ se hallan sin la qualidad de tener llamamiento expressado, *in dict.* §. *In fideicommisso* 6. que es la primera en la dotrina de la Rea, como tambien sin la segunda del texto, *in dict. l.* 1. *C. quor. bon.* por no aver probado el parentesco.

3 Y quando sin agravio de la verdad huvieran verificado el parentesco, siempre les obstaria las palabras del texo, *in d. l. si quis* 21. *ff. de vulg. & pub. substit.* ibi: *Non enim videtur in hunc casum substitutus*, que es el tercer estremo, que igualmente debe concurrir en qualquier, que pretenda suceder.

4 Toda la dificultad de este pleyto, à mi vèr consiste en la disputa tan exagitada en los autos, pretendiendose por parte de los Cerdans, que les favorece la literal disposicion de el *Fuero* 44. *rub. de testam.* como lo que se pretende por mi parte de q̃ les daña la caducidad de los grados intermedios de substituciones hechas antes de la que favorece al pariẽte mas cercano, no obstante de hallarse literalmente dispensado en dicho Fuero el efecto vicioso de la caducidad lo que procurarà mi insuficiencia fundar ajustandome à la disposicion del testamento, como à la del dicho Fuero 44. y assi se dividirà

este

esse discurso en dos §§. En el primero probarè, que la disposicion legal de dicho Fuero, no favorece la pretension contraria. Y en el segundo fundarè, que el vltimo llamamiento del pariente mas cercano, no tiene lugar en el caso sucedido, y los pretendientes no pueden protegerse de dicha disposicion testamentaria, como, ni de la legal.

§. I.

5 Sin pisar la linea de lo discurrido, en vno, y otro papel, en que se ha procurado fundar, que la referida disposicion foral, no favorece la pretension contraria, por no hablar en llamamientos, y substituciones concatenadas, y que las vniò la diccion *&*, y que solo tiene lugar en las absolutas, è independientes, y que no son condicionales; y haziendo diferencia de entre las sobstituciones, *vulgares, pupilares, y fideicommissarias.* Que solo hablò dicho *Fuero* 44. en substituciones vulgares, valiendose de la dotrina de Boer. *in decis.* 38. *à num.* 21. como de la de Amato *variar. resol.* 40. *à num.* 14. (aunque en el papel del Doct. Gaspar Jornet se cita la resolucion 43.)

6 Supongo por cierto, que dicha disposicion foral, no tiene lugar en el caso del texto, *in l. si mater* 33. §. 1. *ff. de vulg. & pupil. subst.* por impedirlo la naturaleza del llamamiento del nieto, hecho baxo de la formula de Galo Aquilio, què solo fue para ocurrir al daño del caso que previno, cuyo texto pondera el señor Casanate *consil.* 2. *num.* 15. *&* 16. como es de la premoriencia del hijo *vivente patre*; y assi por condicional excluye los llamamientos posteriores, por pender estos, del que no pudo subsistir por el defecto de la condicion, baxo de la qual tuvo su llamamiento.

7 Supongo tambien, que no puede tener lugar en el caso del texto, *in l. quo habibat* 47. *ff. de vulg. & pupil. substit* que pòdera Amato *in d. resol.* 40. *n.* 14. *cum seqq.* por la calidad de ser pupilar la substitucion, y que por no aver tenido efecto la primera, quedaron desvanecido el testamento, y tablas pupilares; y por consiguiente todo lo dependiente de ellas, *ex vulg. iurib. & comm. DD.* maxime, *cum spes substitutionis*

pupi-

pupilaris non transmititur, Menochio *conf.* 106. *numer.* 384.

8 De cuyos supuestos lo que resulta es, que dicho Fuero 44. no es comprehensivo de todos los casos, para que sucedan los vltimos llamados, caducados los grados intermedios, lo que se haze mas notorio con los muchos que expressan los DD. y que nota Peregrin. *de fideicom. art.* 15. y con lo que se manifestarà en este discurso.

9 Y aunque dicha disposicion tenga lugar en substituciones vulgares, como en las fideicommissarias, lo que es comun entre los DD. y que por ser las que hizo nuestro testador *fideicommissarias*, tendria lugar en ellas la dicha disposicion, con todo mirada con reflexion su contextura, no favorece la pretension contraria en el caso de nuestra disputa, abstraìdo el concepto de la diccion, *&*, con que se hallan todos los grados de substitucion.

10 Porque toda el alma que vivifica la disposicion de dicho Fuero 44. en que queda dispensado el vicioso, efecto, que podia causar la caducidad de los grados intermedios, està en lo substancial de las palabras, que diò motivo para la suplica, que traducidas del Idioma Valenciano al Castellano, son las siguientes: *Como la voluntad del testador, aya de ser guardada, assi como à ley, y quando algun testador haze algunas sustituciones, sea VEROSIMIL, que mas quiere, que sus bienes vayan à los substituidos, segun los grados de las substituciones, que à los herederos abintestato, ò à otros. Por tanto, &c.*

11 De estas palabras demonstrativas del motivo, è intencion de este Fuero, y su suplica, lo que se infiere es, que se pidiò averse de dispensar el vicio de la caducidad en aquellos casos en que es *verosimil*, que la voluntad del testador es, que sus bienes ayan de ir à los substituìdos, y no à los herederos abintestato, ò ex testamento (pues solo en estos se puede verificar la palabra vltima de la suplica, ibi: *A otros.*)

12 Lo que assi supuesto por cierto, segun se convence de las mismas palabras de la ley, no parece, que hablò en el caso, en que el hijo, ù qualquier otro descendiente sea el heredero primo loco instituìdo, y que se le gravò à restituir, yà sea baxo de la condicion expressa, de si *decedat sine liberis*, ò yà sea sin ella, por averse de entender tacitamente, segun los tex-

tos

tos bien comunes, *in l. cum avus* 102. *ff. de condition. & demonstrat. & leg. cum acutissimi* 30. *C. de fideicommiss.* siendo la razon la que con mas expression se nota, *in dict. leg. cum acutissimi* 30. ibi: *Ne videatur testator alienas successiones propijs anteponere.*

13 Esta razon, y lo que sobre ella comunmente entienden los Interpretes, y se halla practicado, y seguido en todos los Tribunales, y Consejos, es lo que afiança mi propuesta; pues el derecho que dà, y influye esta condicion *de sine liberis decedat*, yà expressada por el Testador (como se halla en nuestra disposicion) ò yà tacitamente entendida, segun los referidos dos textos *in leg.* 102. & *leg.* 30. es conservar à los hijos del instituido el derecho de poder suceder abintestato en los bienes de la herencia de su abuelo, excluyendo à los substitutos; y sin tener llamamiento como aquellos.

14 De que nace vna consequencia legal, y legitima; luego instituido vn hijo, y gravado à restituir, no es verosimil, que la voluntad del padre Testador sea, que sus bienes vayan à los substitutos, y no à los hijos de aquel, y nietos suyos, yà sea abintestato, yà sea *ex testamento*: el Fuero no habla de este caso, sino del contrario, en que es verosimil, que la voluntad del Testador, es, que sucedan los substitutos, y no los herederos abintestato; luego no habla en nuestro caso, en que fue instituido su hijo Don Joseph Saydia y Camòs; mayormente aviendose expressado la dicha condicion *si sine liberis decederet*; si solo en el de ser instituido heredero vn estraño, en quiē se dificulta el que pueda tener lugar lo dispuesto, *in dict. leg. cum avus, & dict. leg. cum acutissimi*, por no poderse contemplar la razon de *ne videatur testator alienas successiones propijs anteponere.* De que resulta, que el dicho Fuero 44. ù no favorece la pretension contraria, ù à lo menos la dexa dudosa; y en qualquier caso parece que se debe discurrir à favor de mi parte, por tratarse *de libertate bonorum*, y à favor de vn hijo heredero, que sobrevivió à todos los demas hijos, y descendientes del Testador, y que es vn estraño el que pretende la succesion.

 Estre-

15 Estrechase mas la disposicion de dicho Fuero 44. pues no tiene lugar absolutamente, aunque sea en caso de substitucion vulgar, y hecha à vn estraño, como es en el de hallarse con el gravamen de restituir el substituto vulgar, cuyo grado intermedio caduco, como admirablemente lo nota Menochio *in dict. consil.* 106. *à num.* 387. y lo mismo milita, aunque sea la primera substitucion pupilar, y la segunda fideicommissaria, *vt num.* 381. & 387. cuya razon la expenderè en el parafo siguiente.

§. II.

16 MEnos favorecida queda la pretension contraria, atendida la disposicion de nuestro Testador, y diversidad en los llamamientos, junto con aver caducado los grados intermedios de los que hizo antes del vltimo, à favor del pariente mas cercano. Lo que procurarè fundar, abstraido lo que tengo discurrido en el antecedente parafo, respecto de què el dicho Fuero 44. no puede hablar en el caso de nuestra disputa, en que fue el heredero *primo loco* instituido vn hijo, por no poder tener lugar la razon fundamental de èl, *de ser verosimil, que la voluntad del Testador sea, de que sus bienes vayan à los substitutos, y no à los herederos abintestato.*

17 Para ocurrir à muchas insuperables dificultades, que se ofrecen en la dificil question, ò materia que se exagita, respecto del modo de suceder el vltimo llamado, caducados los grados intermedios de substituciones, es comun sentir entre los DD. que este posterior llamado *subintra*, y queda *subrrogado* en lugar del primero à quie huviera pertenecido la succesion, sino huviera muerto, Peregrino *de fideicommiss. dict. art.* 15. *num.* 14.

18 Y para explicar esta subintrancia, y subrrogacion, distinguen comunmente los DD. (& *pro omnibus,* solo citarè à Fontella) dos especies de substituciones vulgares, vna *in hæreditate,* y otra *in fideicommisso, vel in substitutione,* Fontanella *decis.* 41. *num.* 11. & 13. la qual llamò

mò Imola *anomala*, como refiere Fontanella *in decis.* 45. *num.*7. por lo que se considera vulgar, *quo ad ipsum substitutum*, y fideicommissaria, *quoad institutum*, vt Fontanella, cum Imola *in dict. decis.* 45. *num.*7. siendo su propio efecto el reponer al posterior substituto en el lugar de el que huviera *primo loco* sucedido si no huviera muerto, y repuesto *per hanc vulgarem*, *quæ vocatur secunda*, sucede por substitucion fideicommissaria, assi como huviera sucedido el primer substituto, à no aver caducado su grado, Fontanella *dict. decis.* 41. *num.*14. ibi: *Et hæc dicitur vulgaris secunda, per quam non dicitur substitutus succedere, sed reponi in illius locum, & postea succedere per fideicommissariam, vel aliam, per quam successisset primus substitutus si viveret, & decis.* 160. *fere per tot.*

19 Por medio de esta subintrancia, subrrogacion, y reposicion que se obra por dicha substitucion vulgar secunda y anomala, que se contempla embebida, *in fideicommisso, & substitutione*, como la otra, *in hæreditate*, es precisso, que Doña Otavia Cerda encamine su pretension; pero se le disputa su propio efecto, atendida, y promeditada la disposicion de nuestro Testador, que se halla en los autos al principio del primer papel que escriviò el Doctor Valentin Nuño, que se reduce à los terminos siguientes.

20 Instituìdo heredero en primer lugar Don Miguel Juan Joseph Saydia y Camòs su hijo, en todos los bienes, y Patronatos que posseìa, assi en el Reyno de Valencia, como en el de Mallorca, cō libertad de poder disponer de ellos en caso de fallecer con hijos, le gravò à restituir todos los dichos bienes de su herēcia, en el contrario de morir sin hijos (excepto ducientas libras) à su segundo hijo D. Pedro Juan Ignacio Saydia, con la misma libertad, y gravamen en los mismos casos, expressados en la institucion: Y el mismo llamamiento hizo de otro qualquier hijo varon que tuviere, con la misma facultad, y gravamen, en los casos de morir con hijos, ò sin ellos; si a tiempo de morir D. Miguel Juan Joseph Saydia sin hijos, sucediesse el dicho Pedro Juan

Say-

Saydia, siendo Clerigo, Frayle, ò Religioso, ib i: *Y si al temps, y quant lo dit Miquel Juan Joseph Saydia moris sens fills legitims, y naturals, con dit es, y SVCCEHIS lo dit Pere Juan, Ignacio monfill en dits bens, y herencia, lo dit Pere Juan, Ignacio Saydia, fos Capella, Frare, ò Religos, y en dit cas hiaga es altre fill meu mas cl, que hiagues contractat matrimoni, ò no vulgues ser Capella, Frare ni Religios, sino llech. vull, y es ma voluntad, que lo dit Pere Juan Ignacio Saydia perda la dita herencia, y bens de aquella, y sens diminucio, &c. y passen alaltre fiol mas cl, &c.*

21 Y aun faltando todos los hijos varones llama à la succesion de todos los dichos bienes à su hija Basilia Teresa Saydia, si viva fuesse, y sino à sus hijos, y descendientes, CON LA FACVLTAD DE DISPONER LIBREMENTE DE DICHOS BIENES A SV VOLVNTAD, con tal, empero, que si fuere Monja, huviesse de dar anualmente ducientas libras à Ana Margarita Saydia, y à Mencia Camòs, ciento à cada vna, gravandola à restituir dichos bienes à la otra hija del Testador, si viva fuesse, y sino à los hijos, y descendientes de esta, CON LA LIBERTAD MISMA DE PODER DISPONER DE DICHOS BIENES A SV VOLVNTAD, repitiendo el mismo gravamen de restituir, hasta que no aya hija, ni descendientes de estas, y con el mismo cargo de dar las referidas docientas libras anuas à las dichas Ana Margarita, y Mencia, hermana, y tia del Testador, respectivamente.

22 Despues de estos llamamientos, que hizo à favor de sus hijos, hijas, y descendientes de estas, se halla concebido el del pariente mas cercano, en esta forma.

23 *Y no aviendo hijas mias; NI DESCENDIENTES DE ESTAS, COMO DICHO ES, quiero, que en los dichos mis bienes, y herencia, QVE POSSEO, Y POSSEYERE EN EL PRESENTE REYNO DE VALENCIA, suceda, y aya de suceder, el pariente mas cercano de Miguel Juan Saydia, y Camòs, Testador, à hazer de dichos bienes, y herencia à sus propias, llanas, y libres voluntades, como de cosa suya propia.*

Para

24 Parafrasearè esta disposicion, notando la diversidad que se encuentra en cada vna de las sobredichas Clausulas, para que en vista de ella, pueda elevar el discurso à favor de mi parte.

25 En la primer Clausula se halla instituìdo heredero Don Miguel Juan Joseph Saydia y Camòs, hijo legitimo del Testador, en todos los bienes, y Patronatos que posseìa en los Reynos de Valencia, y Mallorca, con la libertad de poder disponer de los bienes de esta herencia, muriendo con hijos; y en el caso contrario de fallecer sin ellos, quedò gravado à restituirles à Pedro Juan Ignacio Saydia, sin disponer cosa alguna en caso de ser el dicho Miguel Juan Clerigo, Frayle, ò Religioso.

26 En la segunda, substituyò *per fideicommissariam*, al dicho Pedro Juan Ignacio, à quien tambien dexò la misma libertad de disponer, y con el mismo gravamen de restituir, en los casos de morir con hijos, ò sin ellos; con la calidad, que si fuera Clerigo, tuviera el goze durante su vida; y si fuera Frayle, ò Religioso, solo quiso que tuviera de renta quarenta libras, comprehendidas las veinte del Legado, las quales huviessen de bolver al cuerpo de la herencia, despues de su fallecimiento, cuyas calidades son especiales en esta Clausula, sin disponer cosa alguna en el caso de aver premuerto este dexando hijos.

27 En la tercera, llamò *per fideicommissariam*, al otro hijo varon, que tuviere el Testador, y huviere contraido matrimonio, ò no quisiera ser Clerigo, Frayle, ni Religioso, sino Lego; cuyo llamamiento hizo, si al tiempo, y quando el dicho heredero *primo loco*, instituìdo Miguel Juan Joseph Saydia muriesse sin hijos legitimos, y naturales (como dicho es) y sucediesse el dicho Pedro Juan Ignacio Saydia, su hijo, en los bienes de dicha herencia, y fuesse Clerigo, Frayle, ò Religioso, queriendo, que en este caso passe la herẽcia al otro hijo varon, substituìdo en esta Clausula, cuyas calidades tambien son especiales en este llamamiento, que no se halla en otros, sin disponer cosa alguna, en el caso de la premoriencia de este, dexãdo hijos.

 En

28 En la quarta, gravò al dicho hijo varon, que llamò à esta succesion *per fideicommissariam*, en el caso de aver muerto el instituìdo sin hijos, y aver sucedido su hijo segundo Pedro Juan, siendo Clerigo, Frayle, ò Religioso, à que huviesse de restituìr todos los bienes de dicha herencia, muriendo sin hijos.

29 En la quinta invitò à esta succesion, en el caso de morir sin hijos, ni descendientes el dicho tercer hijo varon, à Basilia Teresa Saydia su hija, si viva fuera, y sino se hallara Monja; y en caso de no ser viva, llamò à esta succesion *à sus hijos, y descendientes, con la facultad de disponer à sus voluntades*; y si fuera Religiosa, quiso, que tuviesse el goze, durante su vida, con obligacion de dar todos los años ducientas libras à Ana Margarita Saydia, hermana de el Testador, y à Mencia Camòs, su tia, à cien libras cada vna, cuyas calidades son especialissimas en esta Clausula, y entre ellas la de ser, no vno, sino muchos los que pueden suceder, como son los hijos de la hija premuerta por tener el llamamiento en plural, y colectivamente, como la de hallarse prevenido el caso de la premoriencia de las hijas, dexando hijos, y descendientes.

30 En la sexta, llamò à esta sucesion à la otra hija, si viva fuesse, y no fuesse Religiosa; y en caso de no vivir, *à los hijos, y descendientes de esta, con facultad de disponer à sus voluntades, como està dicho*, respecto de los hijos de Basilia, queriendo que se siga de vna hija à otra, hasta que aya hijas, y descendientes de estas, con el mismo gravamen de las ducientas libras.

31 En la vltima, quiso, que el pariente mas cercano del Testador sucediesse, en el caso de no aver hijas, ni descendientes de estas, en los bienes que posseìa, y posseeria en el Reyno de Valencia, con facultad de poder disponer libremente de ellos: en cuya Clausula, ni se expressa la succesion en los bienes de Mallorca, ni en los Patronatos, ni se impone el gravemen de las ducientas libras, y solo el llamamiento es à favor de vno.

32 De cuya contextura nace la diversidad en estos lla-

llamamientos; pues respecto del primer instituìdo, y primero, y segundo substituto, se comprehende en la succession de estos, todos los bienes, y Patronatos, que posseìa en los Reynos de Valencia, y Mallorca, teniendo el goze de ellos, sin carga, ni responsion alguna.

33 En los llamamientos, y substituciones de las hijas, aunque se comprehenden todos los mismos bienes, es con la carga, y responsion de ducientas libras anuas, lo que tambien se dispone, respecto de los mismos bienes, y anua responsion de ducientas libras en los llamamientos de los hijos, y descendientes de las hijas.

34 Encuentrase otra diferencia, y diversidad notable entre las substituciones, y llamamientos de los hijos, è hijas, entre los llamamientos de los hijos, y descendientes de estas; pues en las substituciones hechas à favor de hijos, è hijas, en los casos expressados en las antecedentes Clausulas, son todos con el gravamen de restituir, en caso de fallecer sin hijos, ni descendientes, teniendo la facultad de disponer libremente, solo en el caso contrario de morir con hijos, ò descendientes: lo que no se expressa en los llamamientos, hechos à favor de los hijos, y descendientes de las hijas premuertas.

35 Otra diversidad se halla bien notable, y es, la de no aver llamamiento, hecho à favor de los hijos, y descendientes de los hijos varones premuertos.

36 Y vltimamente se halla en esta calidad de llamamientos de hijos, hijas, y descendientes de estas otra diversidad bien singular, y es la de ser solo vno el que aya de suceder en todos estos bienes, respecto de los llamamientos, y substituciones, hechas entre los hijos, è hijas del Testador; y que en las substituciones, y llamamientos de los hijos, y llamamientos de las hijas, no son à favor de vno solo, por tener el llamamiento los hijos, y descendientes de las hijas en numero plural, sin que pueda tener lugar lo dispuesto, *in leg. qui fili avus* 17. *ff. de leg.* 1. en que se dize, que vna parte del testamento construye, y declara la otra; pues explicando este texto con el de la *ley vnica, §. Sin autem*

tem 7. Cod. de Cad. tol. el Excelentissimo señor Crespi *observ. 20. num.* 19. dize, que no tiene lugar en los casos diversos.

37 Entre estos llamamientos con el que tiene el pariente mas cercano, se debe advertir dos diversidades bien notables; la vna, respecto de los bienes comprehendidos en su llamamiento; pues solo se comprehenden los que el Testador posseìa, y podia posseer en el Reyno de Valencia, sin comprehenderse, assi los del Reyno de Mallorca, como los Patronatos; siendo assi, que vnos, y otros se comprehendieron en la succession, y llamamientos del primer hijo instituìdo, como en todos los demàs de los hijos, hijas, y descendientes de estas substituìdos; la otra, que no fue impuesta al pariente mas cercano la obligacion de la anua responsion de ducientas libras, à que estavan tenidas las hijas del Testador, hijos, y descendientes de estas.

38 En tanta diversidad, y desigualdad de llamamientos, y substituciones, no es facil persuadir la succession que pretende Doña Octavia Cerda como à pariente mas cercano (caso que se huviere probado esta calidad tan precissa que se niega) por no poder assegurarse la *subintrancia, subrrogacion, y reposicion* expressada, que es el modo vnico para poder suceder el vltimo llamado, caducados los grados intermedios, como en casi bien semejante caso dixo el señor Crespi *in dict. observ.* 20. *num.* 25. ibi: *Nec enim figere possumus pedem, in huiusmodi testantis voluntate declaranda, nec quomodo illos vocare voluisset deprehendi valet.*

39 No admite disputa, que la dicha *reposicion*, que se obra por la dicha substitucion vulgar *in fideicommisso*, el efecto que causa, es, el que dexò explicado Fontanella *vt suprà, num.* 18. por lo que el pariente mas cercano, y por consiguiente Doña Octavia Cerda (si huviera probado esta calidad) se avia de reponer, *per dictam vulgarem in fideicommisso*, en lugar del primer substituto, que lo fue D. Pedro Juan Ignacio Saydia, lo que seria contra expressa voluntad del Testador; pues no comprehendiendose en el

lla-

llamamiento del pariente mas cercano, si solo los bienes que posseìa el Testador en el Reyno de Valencia, no podia suceder, ni en los Patronatos, ni en los bienes que posseìa en el Reyno de Mallorca, cuya disposicion se preverteria si *subintrasse* en lugar del primer sobstituto; pues avia de suceder en todos los bienes que este; y por consiguiente en los Patronatos, y en los bienes de Mallorca, por aver de suceder por la substitucion que sucedia el primer substituto, como dize Fontanella *dict. num.* 14. ibi: *Et postea succedere per fideicommissariam, vel aliam per quam successisset primus substitutus si viveret.*

40 Ni podria *reponerse* en el lugar del primer substituto, *per vulgarem in fideicommisso*, y suceder, *per suam propiam substitutionem fideicommissariam, & non per quam successisset primus substitutus si viveret*: porque no aviendose expressado en este grado de substitucion la obligacion anua de ducientas libras, à que estavan tenidos, assi las hijas, como los hijos, y descendientes de estos, se seguiria el absurdo de estar mas beneficiados por menos gravados, los substitutos menos predilectos, como es el pariente mas cercano, que los mas amados, que lo fueron las hijas, hijos, y descendientes de estos; pues serian de peor calidad, por el gravamen de la responsion anua de ducientas libras que se les impuso, lo que no es dable, Fussario *consil.* 109. Carena *resolut.* 237. *num.* 4. Castillo *variar. lib.* 2. *cap.* 4. *num.* 94. & 138. Menochio *consil.* 95. *num.* 28. *cum seqq.* & comm. DD.

41 Sin que se pueda persuadir, que sucediendo el vltimo llamado por su propia substitucion fideicommissaria, despues de estar repuesto por la dicha substitucion vulgar *secundaria, y anomala*, que estaria tenido à la satisfaccion de dicha anua responsion: porque aviendose esta impuesto en las substituciones, hechas à favor de las hijas del Testador, hijos, y descendientes de

de estas, no pudo radicarse aviendo caducado estos grados; y asi se debe considerar *pro non scripta*, como dize, respecto del heredero, el señor Casanate con la autoridad de Baldo *consil. 2. num. 25.* ibi: *Et ideo apud hæredem primum remanet sine honore restitutionis patrimonium; quia numquam habuit onus radicem fundamenti*, y Amato lo dixo con las mismas palabras *in dict. resol. 42. num. 16.* ibi: *Res pœnes hæredem, absque onere restituendi remaneat, ex eo quod numquam onus radicem fundamenti habuerit.* Lo que con mayoria de razon se debe dezir, respecto del pariente *vltimo loco* llamado, lo q̃ no seria asi, si el dicho gravamen de la anua responsion, se huviera yà radicado, por aver sucedido qualquiera de las hijas del Testador: *Quia non de ingressu, & illius inductione, sed de progressu, & continuatione tractaretur.*

42 Menos puede pretender el vltimo invitado à esta succession por lo literal de su llamamiento, que le tiene tan absoluto, que comprehende conocida repugnancia en la misma disposicion, y es como se sigue, ibi:

43 *Y no aviendo hijas mias, ni descendientes de aquellas, quiero, que en los dichos mis bienes, y herencia que posseo, y posseyere en el presente Reyno de Valencia, suceda, y aya de suceder el pariente à mi mas cercano, &c.*

44 Pues segun su contextura, debe suceder el pariente al vltimo de las hijas, hijos, y descendientes de estas, siempre que se verificare aver faltado todos; y por consiguiẽte en qualquier caso q̃ ayan sucedido los hijos, y descendientes de estas en estos bienes: Lo que repugna à lo q̃ yà tenia dispuesto en la antecedente clausula, dexando libres estos bienes, sucediendo los hijos de las hijas en ellos, si yà no es, que se corrigiesse el Testador lo que es menos dable, vt comm. DD.

45 Por lo que no pudiendo hallar medio fixo, para q̃ el pariente vltimo *loco* llamado, suceda por *subintrancia*, por la variedad, y repugnancias que se han considerado en estos llamamientos, que dificultan poder declarar

cla-

clarar la voluntad del Teſtador, ſe debe dezir, que eſto s llamamientos ſon concatenados, y que menos, que ſucediendo *gradatim*. y en la forma que los diſpuſo el Teſtador; no puede tener lugar el vltimo del pariente mas cercano; pues de otra ſuerte ſeria nula, por la notoria repugnancia que ſe hà manifeſtado en eſta diſpoſicion, como dize el Sutiliſsimo Gomez *var. tom*, 1. *cap*. 3. *num*. 5. ibi: *Quia talis diſpoſitio continet repugnantiam, arg. tex. in leg. vbi repugnantia, ff. de reg. iur.* y à màs de lo ponderado, lo perſuade lo ſiguiente.

46 Porque ſiendo el llamamiento de eſte, para deſpues de fenecidas todas las hijas, hijos, y deſcendientes de eſtas, no tiene lugar, aunque falten todos; pues como tengo dicho, ſegun las Clauſulas inmediatamente antecedentes, quedaron libres los bienes en los hijos, y deſcendientes de las hijas, en qualquier caſo que ſucedan: Con que ſolo eſte llamamiento puede tener lugar en falta de los dichos, deſpues de aver ſucedido las hijas, y faltar ſin dexar hijos, ni deſcendientes, y no en otro caſo, por repugnarlo la miſma diſpoſicion, y mente del Teſtador.

47 Lo otro, porque el gravamen de reſtituir al pariente mas cercano, ſolo fue impueſto à la vltima hija, que deſpues de aver ſucedido, falleciesſe ſin dexar hijos, ni otros deſcendientes, ibi: *No aviendo hijas mias, ni deſcendientes de aquellas, quiero, &c.* ſin hazer memoria de los hijos, por lo que deben quedar eſtos libres de ſemejante reſtitucion, hecha à favor del pariente mas cercano; aſsi por no eſtar hecha, *in forma communi, ſed in mera fideicommiſſaria*, como dize Menochio *dict. conſil.* 106. *à num*. 384. como porque, *hoc onus reſtituendi proximiori, ſolum fuit in iunctum filiabus*, vt Menoch. *dict. conſil.* 106. *num*. 387. Y que para que no quedaſſen los bienes libres en nueſtro heredero, era preciſſo que ſe huviera tambien pueſto, vt Menoch, *dict. conſil.* 106. *num*. 388.

Pa-

48 Parece, que todo queda calificado con lo resuelto en el caso de la decision de Mastrillo , que es la 266.*lib.*3.que nota, y expende Amato *in dict.resol.* 42.*n.* 22.pues se halla con las dos circũstancias, que se advierten en nuestro caso: La vna es, respecto de los bienes por no comprehenderse en el vltimo llamamiento todos los de la herencia, sino parte: La otra, que el gravamen estuvo impuesto al segundo, tercero, ò quartogenito, que sucediesse en los bienes del territorio de *Fitalia*, sucediendo en los demàs el primogenito, como en nuestro caso, sucediendo las hijas à quien gravò con la responsion de las ducientas libras anuas.

49 Confuerçase mas si se atiende lo mucho que estàn, y deben estar favorecidos los hijos, para que en estos queden libres los bienes, y mas quando pretenden su succession estraños: Pues siendo cierto, y legal principio, que quando concurren diferentes condiciones, puestas alternativamente, no se necessita del cumplimiento de todas; pues basta que qualquiera de ellas se cumpla lo que se califica con los textos *in leg. si hæredis* 5.*ff. de cond. institut. leg. cum pupillus* 78.§.1.*ff. de condit.& demonstrat. leg. meo* 111.§.*Vbi verba, ff. de reg. iur.§. penult. inst. de hæred. instit. cap. in alternativis* 70. *cum vulg. de reg. iur. in 6*.y es comun de los DD. que cita muy *ad longum* Bas. *in suo theatr. Iurisp.part.* 1. *cap.* 27. *num.* 12.

20 Con todo se limita en el caso que entre ellas se halle, ò expressamente, ò tacitamente la condicion de *si sine liberis deceesserit*, por necessitarse del cumplimiento de todas, como si se huvieran puesto *copulative*, por resolverse la disyunctiva en conyunctiva, lo que tambiẽ es comun entre los DD. como manifiesta con gran expression Bas. *in dict. cap.* 27. *à num.* 13. *cum seqq.*

51 Por lo que siendo el gravamen de restituir, impuesto à nuestro Don Miguel Juan Joseph Saydia (de

quien

quien ha quedado heredera mi parte Doña Josepha Fabregues) baxo de la condicion *de morir sin hijos*, es precisso que se cumpla, no solo esta, si tambien la otra de sobrevivirle qualquier de sus hermanos, en cuyo favor se le impuso el dicho gravamen de restituir los bienes en que quedò heredado; y por consiguiente, no parece, que el pariente mas cercano *vltimo loco* llamado, podrà tener accion para la demanda que tiene puesta, baxo del supuesto de ser pariente (que se niega) sino es cumpliendose toda la disposicion condicional precedente de suceder por sus substituciones condicionales las hijas del Testador, y fallecer la vltima despues de aver sucedido sin dexar hijos, ni otros descendientes, por disputarselo lo muy favorecidos que se hallan los hijos en el relevamen de los gravamenes que se les imponen para restituir.

52 Sin que quede este concepto favorable vulnerado, por lo que pondera Fontanella *in dict. decis.* 45. *à num.* 12. *cum seqq.* antes bien, queda mas fortificado; pues lo que dize para q̃ lo disyunctivo, y alternativo, no se aya de convertir en conyunctivo, y copulativo, aun en el caso de hallarse la condicion de *sine liberis*, es, porque las condiciones eran *incompatibles*, por lo que assienta, que no se debian cumplir las dos substituciones, *vt num.* 13. ibi: *Nec ambæ substitutiones, & ambo earum casus erant adimplendi, vt Alexander admitteretur* (que es lo que Alexandro pretendia, lo mismo que pretende Doña Octavia) y dà la razon, ibi: *Quia erant, & sunt incompatibiles, & ideo alternativa, non poterat resolvi in copulativam.*

53 Con que no siendo los casos de las substituciones condicionales, que precedieron à la del pariente mas cercano *vltimo loco*, llamado *incompatibles*, con esta; si que antes bien, para que no aya incompatibilidad, y conocida repugnancia en la disposicion de nuestro

Teſtador, ſe neceſsita, de que ſucedan los ſubſtitutos, *gradatim*, ſegun ſus llamamientos, para que pueda ſin repugnancia ſuceder el pariente mas cercano, ſe ha de dezir, que Fontanella ſintiò con lo que llevo diſcurrido, *quia contrariorum eadem eſt ratio*, ſin que ſu doctrina ſe pueda objetar en contra.

54 Parece, que de eſte breve diſcurſo reſulta, que el que probare ſer pariente mas cercano de nueſtro Teſtador Don Miguel Juan Saydia, no puede pretender la ſucceſsion en los bienes de la herencia de eſte, ſino es en el caſo eſpecial de aver ſucedido la vltima hija de eſte, y fallecer ſin hijos, ni otros deſcendientes, ſin que pueda tener derecho alguno en qualquier de los demàs caſos, ni por ſu ſubſtitucion, y llamamiento, ni por las demàs de los llamados por *ſubintrancia*, en fuerça de la *vulgar in fideicommiſſo*.

55 Menos, ſegun lo literal de ſu llamamiento, aun en caſo que ſe huvieſſe de atender la certeza de lo literal del referido Fuero 44. y no lo formal, è intrinſeco de ſu diſpoſicion legal, que no puede hablar en nueſtro caſo, por ſer el heredero *primo loco* inſtituìdo, como los primos ſubſtituidos, hijos del Teſtador, y q̃ ſe halla expreſſamente la condicion de *ſine liberis deceſſiſſent*, ſin neceſsita que ſe ſupla; y por conſiguiente clara la voluntad del Teſtador, que quiſo preferir à los ſubſtitutos, los herederos, *tam abinteſtato, quam ex teſtamento*, aſsi del primer heredero, como de los demàs ſubſtitutos en excluſion del eſtraño, como es el pariente *vltimo loco* llamado.

56 Y ſin que ſea eſtimable, ſi ſe dixeſſe, que Don Joſeph Saydia avia fallecido ſin hijos; y por conſiguiente, que ceſſava la cauſa de ſu excluſion: Pues à màs de la repugnancia, que ſe ha contemplado en eſte §. 2. reſpecto del modo, y porcion en que avia de ſuceder el que fuere pariente mas cercano, contemplada toda la

diſ-

disposicion testamentaria, y forma de gravamenes: y su diversidad; no es consequente para destruirla intrinsecamente del dicho Fuero 44. lo contingente de aver fallecido Don Joseph sin hijos.

57 Pues para que el fuero comprehenda el caso de vna disposicion, se debe atender el tiempo en que se hizo, por expressarse en èl la vltima voluntad del Testador; son muy del intento las palabras del señor Crespi *in dict. observ. 20. num. 72.* en que despues de la siguiente exclamacion *Scil. Quomodo igitur fieri potest, vt ex accidenti præmorientis patris ante heredem, vocatio inducatur?* dize, dando la razon, ibi: *Verba enim STATIM atque à testatore pro lata sunt debent suum sensum habere, NEQUE EX TEMPORE POTEST EORUM INTELLECTUS VARIARI, leg. iam hoc iure 4. ff. de vulg. quæ nisi falor id omnino probat.* Con que el Fuero solo podrà comprehender aquellos casos de disposiciones, en que es verosimil, que la voluntad del Testador, al tiempo de proferirse, quiso mas, que sucediessen los substitutos llamados, despues del fallecimiento del heredero *primo loco* instituìdo, que los herederos de este *tam abintestato, quam ex testamento*: En nuestro caso, y en qualquier que sea instituìdo vn hijo, yà sea que se expresse la condicion *si sine libris*, yà sea que no se expresse, no tiene lugar la mente de dicho Fuero; luego este no se debe atender, aunque la casualidad de morir sin hijos, parece que pudo quitar el embarazo de la exclusion, assi porque *non sunt attendenda, quæ in consequentiam veniunt, ex vulga. iurib.* como porque el Fuero dize, no solo en el caso de no ser verosimil, que sucediessen los herederos abintestato, como son los hijos de el instituìdo; pero ni otros, ibi: *Ni altres*; y mirada con reflexion la disposicion, està tan repetida la libertad de poder disponer, como se pondera en el papel del Doc-

tor

tor Gaspar Jornet, *à num.* Y contemplada la de el Fuero, y doctrinas, que se pueden amontonar por parte de Doña Octavia, no se encontrarà que hablen, sino en substituciones vniformemente hechas assi, respecto de la vniversalidad de bienes, como en no hallarse distinto gravamen impuesto entre los substitutos, lo que no es assi en nuestro caso. Por lo qual espero favorable à mi parte la declaracion de este pleyto, no tanto por lo discurrido, quanto por lo que supliràn los Señores que le han de votar, sic censeo salva semper, &c. En Madrid à 10. de Mayo de 1701.

El Doct. Don Juan Bautista Llorente.